Omaggio dell'a

Prof. V. POLACCO

UNA QUESTIONE
IN MATERIA DI SUBINGRESSO
IPOTECARIO LEGALE

VENEZIA
STABILIMENTO TIP.-LIT. M. FONTANA
1886

PROVINCIA DI TORINO
BIBLIOTECA
Legato Anselmi
OA. - b -
663

SE LA SURROGA IPOTECARIA LEGALE

POSSA ESERCITARSI SU BENI NON APPARTENENTI AL DEBITORE COMUNE

DEL CREDITORE EVINCENTE E DELL'EVITTO

STUDIO DI

VITTORIO POLACCO

PROF. INC. DI DIRITTO CIVILE NELLA R. UNIVERSITÀ

DI PADOVA

VENEZIA

STABILIMENTO TIP.-LIT. M. FONTANA

1886

PROVINCIA DI TORINO
BIBLIOTECA

1. Non esagerò chi disse costituire il subingresso ipotecario, di cui all'art. 2011 del nostro codice civile " una delle più felici ispirazioni del genio giuridico — certo non l'ultimo titolo di merito della nostra legislazione „ (1). Invano cercheremmo nel Diritto romano siffatto rimedio, mirabilmente atto a temperare le asprezze, che produrrebbe talora il canone della indivisibilità delle ipoteche, isolatamente applicato. " Creditoris arbitrio permittitur *ex pignoribus sibi obligatis quibus velit distractis* ad suum commodum pervenire „ (2). Questo il sovrano principio. Che se poi da tale arbitrio del creditore risultavano danneggiati dei creditori ipotecarî posteriori, aventi la loro garanzia proprio sui soli beni, da lui a preferenza colpiti ed assorbiti dal credito suo, la legge non li soccorreva. Soltanto in precedenza aveano facoltà di arrestarne l'azione, offerendogli essi il pagamento, e sottentrando così nei suoi diritti (3),

(1) Bernardi, *Del subingresso ipotecario per evizione*, nella Rivista di legislazione e di giurisprudenza degli *Annali di giur. it.* VII, 13.

(2) Leg. 8 Dig. *de distract. pign. et hyp.* 20, 5.

(3) Cfr. Leg. 2 Dig. *de distract. pign. et hyp.* 20, 5; — Leg. 5 Cod. *qui pot. in pign.* 8, 18; — Leg. 4 Cod. *de his qui in prior. credit.* 8, 19.

ma questo *ius offerendi* era troppo magro espediente, potendo siffatto sborso tornare soverchiamente gravoso al creditore posteriore od anche ineffettuabile per difetto di mezzi.

Il GUYET, a vero dire, ha sostenuto che il *creditor prior* doveva dirigere la sua azione ipotecaria in guisa, da non danneggiare il posteriore, cioè prima sui beni *a lui esclusivamente* vincolati, e solo in loro difetto o insufficienza sugli altri gravati di seconda ipoteca (4). Ma quest'opinione non ha avuto e non merita seguito (5), perchè non si fonda già su testi espressi relativi alla materia in esame, ma bensì su quei passi, donde si è genericamente desunta, e con discutibile fondamento (6), la teorica che vieta gli atti di emulazione (7).

Senonchè, dato pure che si volesse accogliere l'opinione del GUYET, resterebbe sempre in Diritto romano sprovvisto di equo rimedio il caso, in cui al *creditor prior* avente ipoteca

(4) GUYET, *Ueber die Befriedigung eines mit mehreren speciallhypotheken versehenen Gläubigers*, nell'*Archiv für civilistische Praxis*, XVII, p. 368 e seguenti.

(5) Cfr., per tacer d'altri, DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heut. röm. Rechts* II Bd. (Leipzig, Hirzel 1864), § 160 p. 485.

(6) Veggasi SCIALOJA, *Aemulatio*, nell'*Enciclopedia giur. it.* v. I, p. II, §§ 10-15, p. 431-441.

(7) Con maggiore verosimiglianza potrebbe taluno ricorrere invece al cosidetto *beneficium excussionis realis*. Esso risulta dalla Leg. 2 Cod. *de pign. et hyp.* 8, 14 di SEVERO e ANTONINO: " Quamvis constet, specialiter quaedam et universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse et aequale ius in omnibus habere, iurisdictio tamen temperanda est. Ideoque si certum est, posse eum ex his, quae nominatim ei pignori obligata sunt, universum redigere debitum, ea, quae postea ex eisdem bonis pignori accepisti, interim non auferri praeses iubebit „. Ma sarebbe da opporre che questa decisione si fonda sulla circostanza *singolarissima* che il debitore aveva data al creditore ipoteca generale su tutti i beni, e per di più speciale sovra alcuni di essi. Tantochè taluni Autori vi ravvisano l'interpretazione pura e semplice di un accordo tacitamente seguito fra le parti, nel senso che l'ipoteca generale avesse ad essere solo sussidiaria, condizionata alla insufficienza dell'ipoteca speciale. Così, per esempio, CUJACIO in lib. III *Respons. Papin.*, ad Leg. 2 Dig. *qui pot. in pign.* nel v. IV delle sue opere (ed. Mutinae 1777) col. 878 D.

generale, o almeno estesa a molti beni, non susseguisse già un unico creditore munito d'ipoteca più ristretta, ma più creditori ipotecarî, garantiti quali sovra una e quali sovr'altra parte dei beni predetti. Allora infatti avveniva di necessità che dall'azione del *creditor prior* sovra questi o quei beni risultassero danneggiati pur sempre dei creditori posteriori, stando in ipotesi che crediti posteriori ipotecarî ne sussistessero a carico di tutti quanti i beni. E qualora questi crediti ipotecarî posteriori fossero di varia data, poteva darsi altresì che il *creditor prior* colludesse con quelli di data più recente ed esercitasse la sua azione sui beni vincolati a crediti meno recenti, donde una indiretta, ma pure legittima breccia nel noto principio: *Qui prior tempore potior jure.* Orbene, anche a questo inconveniente provvede il nostro subingresso legale: simili collusioni rimarranno improduttive di effetto, dal momento che il creditore perdente ha diritto di *trasportarsi col suo grado* sui beni che il *creditor prior* volle risparmiati, tuttochè soggetti essi pure in suo confronto a pari vincolo ipotecario.

2. Tuttavia, benchè il subingresso ipotecario legale sia provvedimento di fresca origine (8), esso fu giustamente ricollegato al *ius offerendi* del Diritto romano, come il tipo oramai perfetto alla rudimentale sua forma. Già i vecchi interpreti del Diritto romano aveano ammesso come estremo sufficiente del *ius offerendi* anche un pagamento fittizio e fatto per compensazione, dal che, bene osserva il Bicci, il passaggio alla nostra istituzione era assai facile e naturale. Infatti il creditore posteriore, che rimane spogliato del suo diritto reale dall'azione ipotecaria del primo, si può dire che paghi in certo modo col

(8) È risaputo che se ne hanno i primi esempi nelle leggi ipotecarie toscane, a partire da quella del 21 luglio 1818 (cfr. Branchi, *Elementi del Diritto civile letti nello studio fiorentino* (Firenze, Bencini 1852) v. III pag. 279 e seg.) e nell'editto ipotecario piemontese del 16 luglio 1822, donde passò nel codice albertino (art. 2350). Però vi si parlava di creditore ipotecario *speciale* evitto da creditore avente ipoteca *generale*, ad eccezione della legge toscana del 25 dicembre 1819, la quale riferivasi

fondo ad esso obbligato (9). Analogamente scrive il DELVITTO: " Il debitore, il quale per mezzo del valore di beni dati in garanzia a più creditori, paga un creditore, liberando con tale pagamento altri beni, adopera un denaro che non è suo, ma dei creditori che avevano la garanzia e che quindi devono aver subingresso nell'ipoteca dei beni liberati „ (10). E in modo anche più esplicito il BERNARDI: " Occorre nel subingresso nostro una forma o specie di pagamento fittizio, legale: ben si può dire che l'ipotecario speciale paga il generale evincente mediante il fondo ad esso obbligato, *en moins prenant,* giusta l'energica espressione di un magistrato francese; invece di fare uno sborso materiale, si lascia privare di ciò che costituisce la sua garanzia „ (11). In conseguenza di che lo stesso Autore, nel farsi ad indicare le regole di ermeneutica che devono governare la presente materia, pone in primo luogo questa: " La surroga nostra non è che una forma sviluppata ed adattata di surroga legale per pagamento; l'art. 2011 del cod. civ. è un corollario dell'art. 1253 n. 1. Laonde quella ha la stessa natura ed indole giuridico-legale di questa e deve informarsi alle idee ed allo spirito stesso „ (12).

3. Senonchè contro questa costruzione giuridica della nostra surroga ha protestato il LUZZATI, scrivendo: " Si cercò al subingresso ipotecario un fondamento giuridico e si tentò di trovarlo nel diritto di surroga legale per pagamento, riconosciuto dall'art. 1253, n. 1 del cod. civ. Ma l'insufficienza del principio contenuto in quel disposto di legge ad autorizzare il

invece a creditore con ipoteca speciale evitto da creditori con ipoteca estesa *ad altri beni* del debitore. Locuzione simile a quella usata dall'articolo 2011 del nostro codice, che non riconosce ipoteche generali.

(9) BICCI, *Della surroga ipotecaria per evizione*, nell'*Archivio giuridico* (IV p. 1-17, 243-266) n. 8 p. 9.

(10) DELVITTO, *Commentario teorico-pratico del codice civile* VII (Torino, Negro 1871), sull'art. 2011 nota *a* § 1 p. 708, 709.

(11) *Op. cit.* p. 11.

(12) *Op. cit.* p. 16.

subingresso ipotecario è attestata dalla lacuna che si riconosce esistere nella legislazione francese, malgrado il disposto dell'articolo 1251 del codice Napoleonico, in mancanza di una prescrizione che espressamente riconosca il diritto di subingresso ipotecario. Ci pare più vera l'opinione che ripone il fondamento di questo subingresso in un principio di equità e che ne fa un'emanazione quasi di *jus praetorium* „ (13).

Queste obbiezioni non mi persuadono. Si potrebbe osservare intanto che non sono mancati nella stessa Francia sostenitori della surroga ipotecaria legale, ravvisata appunto quale un corollario puro e semplice della surroga legale per pagamento, benchè in quel codice l'art. 2011 del nostro non abbia riscontro (14); opinione accolta fra noi da taluno anche in relazione al codice austriaco, ch'era muto in proposito al pari del francese (15). Ma con ciò riconosco io pel primo che si è ecceduto, non potendosi far luogo al subingresso ipotecario legale, ch'è un privilegio speciale pel creditore ipotecario perdente, dove non ci sia un testo espresso, come il nostro articolo 2011 che lo autorizzi, mentre è insufficiente all'uopo il semplice principio della surroga legale per pagamento, di cui all'art. 1253 n. 1 del nostro codice, 1251 n. 1 del francese. Lo riconosco tanto, che ho cominciato con salutare l'art. 2011 siccome una grande innovazione del nostro codice, mentre in caso contrario avrei dovuto chiamarlo una ripetizione inutile dell'art. 1253 n. 1.

Ma, pur accertato che non basta di per sè solo l'art. 1251 del codice francese, nè di per sè solo basterebbe il nostro 1253 ad importare il subingresso ipotecario in discorso, non c'è poi

(13) Luzzati, *Della trascrizione* (2ª ediz.) II, n. 347 p. 373, 374 (Torino, Unione 1882).

(14) Lo ricorda la stessa Relazione governativa sul nostro codice. — Cfr. Foschini, *I motivi del codice civile* (Torino, Belgrano 1868) sotto l'art. 2011.

(15) V. in questo senso: Bernasconi, *Quesiti ipotecari*, nella *Legge* XIX, p. III (p. 123-135) p. 125.

contraddizione nell'ammettere che questo subingresso sia tuttavia una *estensione* del principio contenuto nei predetti articoli, cioè della surroga legale per pagamento. Tanto sarebbe altrimenti il bandire dalla scienza legale quel lavoro che si fa così di frequente per ben determinare la natura e il fondamento dei singoli istituti e che chiamasi *costruzione giuridica,* la quale per lo più consiste appunto, se mi è lecito così esprimermi, nell'adagiare un istituto sovra i principî propri di un istituto diverso, mostrando come l'uno non sia che un'esplicazione dell'altro, cioè un adattamento di esso a circostanze speciali. È troppo ovvio che, trattandosi di una disposizione eccezionale, qual'è pur sempre una surroga *ex lege,* simili estensioni od esplicazioni non possano farsi per sola autorità d'interpretazione dottrinale o giudiziaria, ma debbano espressamente essere sancite dal legislatore; ma è altrettanto naturale che, quando il legislatore le ha sancite, si possa e si debba riconoscere nel novello istituto non altro che una propagine di una pianta già prima esistente.

Meno ancora rileva l'altro discorso che fa il Luzzati, essere cioè *più vera della nostra* la opinione che ripone il fondamento del subingresso in un principio di equità. A questo modo egli presenta come antitetici due termini perfettamente armonizzabili ed armonizzanti fra loro. Ogni e qualsiasi caso di surroga legale non è altro che un portato della equità, perciò che suppone il perdurare e il trasmettersi di un rapporto, che, secondo lo stretto diritto, dovrebbe reputarsi estinto. E qui potremmo dire soltanto che vi ha un'equità elevata alla seconda potenza, cioè un'*equa estensione* del principio, già di per sè equo, della surroga legale per pagamento. Oh che dunque è esatto il dire che il subingresso ipotecario deriva *non già* dalla surroga legale per pagamento, *ma bensì* dalla equità, quasichè si trattasse di due teorie l'una contro l'altra armate ed escludentisi a vicenda? È verissimo, fu l'equità che suggerì il subingresso ipotecario, il che non impedisce che, sviscerato poi il subingresso col sussidio della storia e della ragion giuridica, esso ci si

presenti come una esplicazione della surroga legale per pagamento. Ce lo apprende la storia, che, come vedemmo, addita nel *ius offerendi* del Diritto romano il primo germe del nostro istituto. Ce lo apprende la ragione giuridica, perchè l'indivisibilità dell'ipoteca è principio dettato unicamente in riguardo all'interesse del creditore cui essa compete, e non toglie che sussista poi nei rapporti reciproci dei vari enti ipotecati quella solidarietà, ch'è stata così bene posta in rilievo dalla eccelsa mente del PESCATORE (16). " Gli immobili successivamente ipotecati a favore di creditori speciali sono considerati quali condebitori verso il primo avente ipoteca generale su tutti „. Così si esprime quel sommo fra i moderni giureconsulti (17). Tutti quei beni sono legati adunque da una sorte comune, corrono tutti lo stesso pericolo, di essere cioè colpiti dal creditore che su ciascun d'essi ha la propria ipoteca. Ebbene, questa comunanza di destino non può, non deve venir meno per la pura accidentalità, che quel creditore, valendosi del suo diritto (l'indivisibilità), colpisca piuttosto gli uni che gli altri. Il bene colpito è come il debitore solidale unico escusso, che ha dovuto pagare del proprio anche le parti incombenti agli altri condebitori, il che tuttavia non esonera costoro della rifusione in suo confronto. Doveva dunque adottarsi un sistema tale, per cui si rendesse operativa questa mutua rispondenza dei vari beni ipotecati, nè fosse lecito all'un d'essi lucrare una liberazione a tutte spese dell'altro; e questo sistema è dato appunto da quella catena di subingressi, di cui è parola al nostro art. 2011.

4. Il sin qui detto era, a mio avviso, premessa necessaria per la trattazione del proposto quesito, ch'è il seguente: Può il creditore ipotecario, che è rimasto perdente per essersi sul prezzo degli immobili, al suo credito *obnoxii*, soddisfatto un creditore anteriore, esercitare la surroga su beni, ch'erano bensì

(16) *Filosofia e dottrine giuridiche* I (Torino, Bocca 1874) " *Sposizione dottrinale dell'art. 2011 del codice civile* „ p. 95 e seguenti.

(17) *Op. cit.* p. 97.

vincolati al creditore soddisfatto, ma che non appartenevano al comun debitore? *Primo* per un credito verso *Tizio* ha ipoteca sul fondo *a*, appartenente a Tizio stesso, e inoltre un'ipoteca sul fondo *b* appartenente a *Sempronio*, che può essere o coobbligato con Tizio, od anche un terzo estraneo affatto al rapporto obbligatorio (art. 1964 cod. civ.). *Secondo*, altro creditore di Tizio, ha una seconda ipoteca sul fondo *a*. Dato che *Primo* eserciti la sua azione ipotecaria soltanto su questo fondo e ne assorbisca l'intero prezzo, potrà *Secondo* incapiente trasportarsi con la sua ipoteca sul fondo *b*, o gli sarà ciò vietato per la circostanza che questo non appartiene già al debitore Tizio, ma ad un terzo, a Sempronio? Presentiamo lo stato della dottrina e della giurisprudenza sulla importante questione.

Ammettono in questo caso la surroga il Pochintesta (18), il Borsari (19) e le sentenze 27 giugno 1872 della Cassazione di Torino (20), 9 maggio 1876 dell'Appello di Napoli (21), 12 febbraio 1878 dell'Appello di Trani (22), 6 marzo 1878 dell'Appello di Firenze (23), 9 marzo 1880 dell'Appello di Genova (24), 18 febbraio 1881 dell'Appello di Lucca (25), 5 aprile 1882 dell'Appello di Modena (26), 10 maggio 1883 della

(18) *Dei privilegi e delle ipoteche secondo il codice civile italiano* (Torino, Brero 1880), v. II n. 362 p. 150, 151.

(19) *Commentario del codice civile italiano* v. IV, p. II (Torino, Unione 1875), sull'art. 2011 § 4249, p. 630, 631.

(20) Causa Di Paolini c. Sormani (*Annali di giur. it.*, VI, 2, 269).

(21) Causa Moccia c. Arnò (*Annali*, X, 3, 334).

(22) Causa Javarone c. Vox (*Annali*, XII, 3, 183; Bettini, XXX, 2, 775).

(23) Causa Lippi c. Bernabei (*Annali*, XII, 3, 123).

(24) Causa Dighero e ll. cc. c. Merani-Croce (Bettini, XXXII, 2, 467). Vi aderisce l'anonimo annotatore del periodico (nota 2) con queste semplici parole: " Sembra che non possa essere dubbia la soluzione data dalla Corte di Genova, perchè l'art. 2011 non fa distinzione ".

(25) Causa Beussi c. Pate (*Annali*, XV, 3, 86).

(26) Causa Ravà c. Tognetti-Bassi (*Annali*, XVII, 3, 217; *Monitore dei trib.* XXIII 931).

Cassazione di Roma, benchè non tratti direttamente la nostra questione (27) e 31 dicembre 1883 della Cassazione di Torino (28).

Escludono nelle predette circostanze la surroga il Bicci (29), il Bernardi (30), il Delvitto (31), il Feri (32), il Ricci (33), il Luzzati (34) il Pacifici-Mazzoni (Coen-Jachini) (35) e le sentenze 31 dicembre 1875 dell'Appello di Catania (36), 12 settembre 1879 dell'Appello di Napoli (37), 25 agosto 1882 della Cassazione di Torino (38), 17 dicembre 1883 dell'Appello di Torino (39), 17 dicembre 1883 della Cassazione di Firenze (40), 19 giugno 1884 della Cassazione di Roma a Sezioni unite, la quale però tratta la questione incidentalmente (41), 5 settem-

(27) Causa Spadoni c. Panitto (*La Legge* XXIII, 2, 183). La questione che veramente forma oggetto di questa sentenza è quella, del resto tanto affine alla nostra, per cui si chiede se la surroga possa esercitarsi sui beni già del debitore, ma da lui alienati con atto trascritto prima di contrarre il debito col creditore ipotecario evitto.

(28) Causa Sforza-Fogliani c. Bellinzona (*La Giurisprudenza* XXI, 257; *La Legge*, 1884, 2, 734).

(29 e 30) Bicci, *op. cit.* n. 40 e seg. pag. 260 e seg.; — Bernardi, *op. cit.* p. 12 e p. 20, 21; ma questi Autori trattano piuttosto la questione affine accennata sopra alla nota 27.

(31) *Op. e vol. cit.* sull'art. 2011, nota *a*, § 2, p. 709.

(32) In nota alla sentenza 17 dicembre 1883 della Cassazione di Firenze, negli *Annali* XVIII, 1, p. 354-356.

(33) *Corso teorico-pratico di diritto civile* v. X (Torino, Unione 1884) n. 242 p. 404-406 comb. col n. 241 p. 401-404.

(34) *Op. e vol. cit.* n. 361-365 p. 386, 395.

(35) *Codice civile italiano commentato* v. XV: *Trattato dei privilegi e delle ipoteche* v. II (Firenze, Cammelli 1885) n. 42, p. 54-62.

(36) Causa Torrisi *utrinque* (*Annali*, X, 3, 211).

(37) Cit. dal Feri, *loc. cit.*, come reperibile nella *Gazzetta del procuratore* XIV, 416.

(38) Causa Verdi c. Locatelli (*Annali*, XVII, 1, 1, 11).

(39) Causa Ospitale di Casale c. Fritz, Ghiron e ll. cc. (*La Legge*, XXXIV, 1, 172; *La Giurisprudenza* XXI, 124).

(40) Causa Malcontenti c. Sequi (in questa *Raccolta* IX, 86; *Annali*, XVIII, 1, 354; Bettini, XXXVI, 1, 183).

(41) Causa Spadoni c. Panitto (cfr. nota 28) (*La Legge* XXV, 1, 111).

bre 1884 dell'Appello di Torino (42) e finalmente 22 febbraio 1886 della Cassazione di Firenze (43).

Vanno specialmente notate in questo quadro la costanza della Cassazione fiorentina nella negativa e l'oscillazione della suprema Corte torinese. Pronunciatasi questa per l'affermativa nel 1872, mutava parere nel 1882, ond'ebbe solenne elogio dal suo Procuratore Generale CALENDA nel discorso inaugurale del successivo anno (44). Ma ciò non impedì che, prima di giungere al 1884 essa fosse di bel nuovo tornata al primo avviso. Del che sarò io questa volta a tributarle plauso, non così solenne ed autorevole, ma certo non meno sincero.

In altre parole reputo anch'io che il creditore evitto possa esercitare il subingresso sopra beni non appartenenti al suo debitore, per il solo fatto ch'erano anch'essi ipotecati a favore del creditore evincente. E poichè la questione è stata toccata poco più che di passaggio dai due chiarissimi Autori che ho meco concordi, il Pochintesta e il Borsari, e largamente invece discussa da più d'uno degli avversarî, non mi parve un fuor d'opera il tentarne anche dal mio punto di vista una trattazione un po' estesa.

5. Primo ad essere *hinc inde* discusso è l'argomento letterale. L'art. 2011, dicono i nostri, non distingue. Esso dichiara che il creditore evitto da " un creditore anteriore, la cui ipoteca si estendeva *ad altri beni* s'intende surrogato ecc..., all'effetto di esercitare l'azione ipotecaria *sopra gli stessi beni* ". L'espressione è generica: non si dice punto che i beni debbano essere del comune debitore. E in questo caso poi l'*ubi lex non distinguit* è convalidato da un precedente legislativo di molta importanza. L'art. 2350 del codice albertino, donde fu tratto il 2011 nostro, parlava di surroga nell'ipoteca che

(42) Causa Pavese c. Collino (*La Giurisprudenza* XXI, 750).

(43) Causa Lippi-Giudat c. Salle e ll. cc. (*Temi Veneta*, XI, p. 189).

(44) Lo si può leggere nel *Filangeri* VIII fasc. 4, p. 161, sotto il titolo: *Studio di comparazione sulla giurisprudenza delle Corti di cassazione d'Italia.*

il creditore soddisfatto aveva sopra gli altri immobili DEL DEBITORE. Se si è creduto bene di sopprimere queste ultime parole, segno è che si volle ammessa la surroga anche sopra immobili di un terzo.

Fra gli avversarî, quelli che più seriamente hanno cercato di confutare quest'argomento sono il CALENDA e il LUZZATI. Le sentenze a noi contrarie si limitano ad osservare, che non per altra ragione può supporsi avvenuta la predetta soppressione, se non per essersi ritenute superflue quelle parole " *del debitore* „. Il che è semplicemente un *gratis assertum*. Quei due valorosi Autori notano invece (45) che la collocazione materiale dell'art. 2011 al titolo *Dell'ordine fra le ipoteche* ha per supposto logico che si tratti sempre di graduazione dei creditori di fronte *allo stesso debitore*. Ed è infatti così, io rispondo. L'art. 2011 non parte forse dall'ipotesi che *in cospetto di un medesimo debitore* si abbia un creditore ipotecario evincente ed uno evitto? Ebbene, tanto basta a giustificare il posto che esso tiene nel codice, se anche il rimedio ch'esso procura per tale evenienza vada poi per avventura a cadere sopra beni di un terzo. Aggiungasi che, anche in rapporto a questo terzo, l'articolo verrebbe a stabilire un *ordine fra più ipoteche*. Dice infatti che il creditore evitto succede nell'ipoteca dell'evincente estesa ad altri beni " *all'effetto* di esercitare l'azione ipotecaria sopra gli stessi beni e *di essere preferito ai creditori posteriori alla propria iscrizione* „. Supposto dunque che la surroga avvenga, com'io sostengo possa avvenire, sui beni di un terzo, il discorso di un *ordine fra più ipoteche,* esistenti a carico *di una stessa persona,* tornerebbe pur sempre in riguardo ai varî crediti eventualmente iscritti sopra quei beni del terzo soggetti al subingresso. La collocazione dell'art. 2011 sotto la sezione, che tratta dell'ordine fra le ipoteche, riesce dunque per doppia ragione giustificata anche dal punto di vista dell'opinione che io seguo.

(45) CALENDA, *loc. cit.*, LUZZATI, *op. e vol. cit.*, n. 362, p. 389.

Ricorre poscia il Luzzati alla Relazione della Commissione senatoria, per eliminare l'argomento letterale. In essa leggiamo il brano seguente, relativo alla nostra surroga: " Questo diritto di subingresso parve così evidente e conforme a giustizia, che non si dubitò di inserire nel progetto la disposizione del codice sardo, tuttochè il nuovo sistema eliminato avesse le ipoteche generali. E per vero opportunamente avvertivasi concorrere parità di ragione per non differenziare i due casi, trattando medesimamente il caso dell'ipoteca speciale *vinta da un'altra ipoteca speciale comprensiva di altri immobili del debitore.* Certo egli è che il rimedio del subingresso tornerà efficacissimo ad antivenire i concerti collusorî tra un creditore avente ipoteca speciale sopra più immobili ed altri che abbia un'ipoteca speciale sopra taluno di essi, a detrimento di altro creditore anteriore, rivolgendo l'azione ipotecaria sull'immobile a costui ipotecato e salvando così il creditore posteriore di grado. *La divisata soluzione parve alla Commissione accettabile, comechè rispondente ai dettati di equità tra creditori nelle loro ragioni sul pegno comune* ".

Abbiamo sottosegnate queste ultime parole per rimaner ligi al modo di citazione del Luzzati, ma non sappiamo davvero come e perchè esse possano conferire al suo assunto. Forse egli vi ravvisa un richiamo al principio che i beni del debitore sono la garanzia comune dei suoi creditori (art. 1949), quasi fosse questo il fondamento della surroga. Ma, a parte la censura di cui dimostreremo passibile un tale concetto, non può in verità asserirsi che la Commissione senatoria ad esso intendesse di alludere con le citate parole, potendosi ritenere che l'espressione *pegno comune,* ivi usata, riguardi particolarmente gli immobili che trovavansi *ipotecati del pari* e al creditore evincente e all'evitto.

Rimarrebbero le altre parole del citato brano, che pure sottolineai per seguire fedelmente il Luzzati. Ma se esse accennano ad ipoteca dell'evincente comprensiva di altri immobili *del debitore,* non è già per vietare la surroga sopra immobili

di un terzo, ma unicamente perchè è quella l'ipotesi più semplice e più frequente. Non era d'altronde dei beni formanti oggetto del subingresso che la Relazione senatoria si occupava in quel brano, ma bensì della opportunità di accogliere o meno il subingresso nella legislazione nostra, dacchè questa non ammetteva più ipoteche generali, a differenza del codice albertino. E se ivi incidentalmente essa ha nominata la surroga sopra immobili del debitore, non può desumersene che abbia voluto escluderla sui beni di altra persona.

Comunque, non è all'argomento letterale che noi annettiamo la maggiore importanza. Questo solo ci premeva rilevare che, di fronte ad un testo di legge concepito nei termini i più generici, noi abbiamo il diritto e il dovere di mostrarci guardinghi prima di ammettere delle distinzioni, esigendo all'uopo argomenti assai forti. Vediamo se tali possano dirsi quelli che vengono addotti *ex adverso*.

6. Taluni di questi argomenti contengono a chiare note una petizione di principio, nè mette conto di soffermarcisi a lungo. È di questo genere, sia detto con tutto l'ossequio dovuto all'eccelso collegio, il ragionamento che leggesi nella sentenza 17 dicembre 1883 della Cassazione di Firenze, e da esso richiamato nella decisione testè pubblicata, che cioè la surroga ipotecaria " si esplica come finzione legale di una cessione, la quale non può sortire valore giuridico se non sopra i beni di un comune debitore „. Con eguale fondamento io potrei dire che questa finta cessione può sortire valore giuridico anche sopra beni di un terzo. Saremmo sempre ad un *idem per idem*.

7. Primo nell'ordine degli argomenti meritevoli invece di esame pongo quello desunto dalla natura eccezionale della surroga, perchè parmi doverlo connettere coll'argomento letterale testè discorso. L'art. 2011 presenta nel subingresso un temperamento di equità, la sua interpretazione è *stricti juris*, quanto più si considera ch'essa è il costitutivo di una surrogazione legale, che ogni surrogazione è una finzione, e le finzioni sono sempre di stretta interpretazione. Sono parole testuali della citata sen-

tenza 19 giugno 1884 della Cassazione di Roma, pronunciata a Sezioni unite.

Parmi che ciò nasconda un equivoco di ermeneutica, che s'invochino cioè fuor di proposito le norme della analogia di legge. L'indole indubbiamente eccezionale dell'art. 2011 quale conseguenza produce? Questa soltanto: che non se ne possa argomentare per analogia, che cioè non sia lecito estenderlo *oltre i casi e i tempi in esso espressi* (art. 4 Disposizioni preliminari del codice), comunque la ragione del decidere apparisca perfettamente la stessa. L'eccezionalità del subingresso potrà essere, ad esempio, buon motivo per mettere in dubbio se abbia rettamente giudicato la Corte d'appello di Napoli, accordandolo al creditore, che si trovava perdente perchè altro creditore aveva esercitato un privilegio ammesso da leggi anteriori e non dalla nostra, ma conservato in virtù dell'art. 36 delle Disposizioni transitorie (46). Con ciò infatti si venne realmente ad *estendere* una disposizione, dettata unicamente a tutela del creditore perdente per causa di una ipoteca anteriore o del privilegio dell'art. 1962, ad un creditore, la cui evizione era stata causata dall'esercizio di un *privilegio diverso*. Ma nulla di simile ricorre nel caso nostro. Noi non domandiamo di uscire dai termini dell'art. 2011, ma anzi di restarvi con tutto il rigore, e non è certo ampliare un disposto eccezionale il richiedere che lo si applichi nella sua interezza, quale risulta da un testo di legge, che non contiene distinzioni di sorta. In altre parole la Cassazione di Roma ha tradotto qui il divieto di estensione analogica in un precetto d'interpretazione restrittiva, con evidente confusione di norme esegetiche le più disparate.

8. L'ipoteca ha natura di accessorio, che non può sussistere senza il principale. Quindi, soddisfatto il creditore evincente, l'ipoteca, che il terzo avea prestata a garanzia del suo

(46) Sentenza 11 luglio 1873, causa Giordano c. Vitiello (*Annali*, VII, 2, 542).

credito, non può durare ancora, a garanzia di un credito diverso, cioè dell'evitto. Questo argomento, contenuto anche nella recente sentenza della Cassazione fiorentina, è espresso nella forma la più recisa dal Luzzati, il quale afferma che l'interpretazione da noi data all'art. 2011 rende il subingresso un istituto addirittura mostruoso, che non fa nascere l'ipoteca dal credito, ma fa scaturire il credito dall'ipoteca (47).

Ma è questa una considerazione, che, se pur avesse un qualche valore, dovrebbe militare contro l'intero istituto della surroga ipotecaria, perchè, anche allorquando la si eserciti su beni del comune debitore, essa importa il perdurare dell'accessorio, cioè dell'ipoteca annessa al credito dell'evincente, dopo venuto meno il principale, cioè dopochè quel credito è stato già soddisfatto. Laonde un simile discorso potrà farlo benissimo *de jure ferendo* un avversario del subingresso: si capisce, per esempio, che il Chiesi, nel proporne la soppressione dal Progetto Miglietti, dichiarasse che " nessuna ragione grave può giustificare la surroga legale — *la quale infine ha per iscopo di tener viva un'ipoteca che sarebbe rimasta estinta in forza del pagamento del debito* (48). Non si capisce invece che, dato oramai il subingresso come istituto accolto dalla vigente legislazione, si faccia ancora richiamo a considerazioni di simil genere nell'atto di determinarne la vera portata (49).

9. Altro caposaldo della dottrina avversaria è il principio affermato nell'art. 1949 del codice, inquanto lo si considera come il fondamento e la ragione determinante del nostro isti-

(47) *Op. e vol. cit.* n. 365, p. 395.

(48) *Il sistema ipotecario illustrato. Nuovi studi* (Torino, Unione 1863). Sul progetto Miglietti (art. 2064) n. 145, p. 171.

(49) Lo stesso Luzzati ha fatto, si può dire, la critica a quanto sostiene nel cit. n. 365, scrivendo al n. 351 p. 377 (*op. e vol. cit.*) le seguenti parole: " D'altronde, tutta questa materia dei subingressi è retta da un tale principio giuridico per cui si spoglia la iscrizione dal diritto che essa è chiamata a tutelare, la si considera in sè, indipendente dal credito, che nei casi ordinari è estinto ". È proprio il caso di esclamare: *Ex ore tuo te iudico!*

tuto. In tutte le sentenze a noi sfavorevoli si dichiara infatti, che l'art. 2011 non è che l'esplicazione del principio che i *beni del debitore* sono la garanzia comune dei suoi creditori e che perciò la sua sfera d'azione dev'essere limitata a quei beni. Vi fa eco il Ricci, il quale scrive: " La surrogazione intanto compete, in quanto i beni, a riguardo dei quali si fa valere, sono pur essi la guarentigia dei creditori; ora come mai i beni di un terzo possono essere la guarentigia di coloro che non sono suoi creditori „ ? (50).

A ciò ha egregiamente risposto la citata sentenza 10 maggio 1883 della Cassazione di Roma con le seguenti parole: " Non è vero che l'art. 2011 sia una esplicazione del principio che i beni del debitore sono la garanzia comune dei suoi creditori e che presupponga necessariamente la coesistenza di più creditori verso lo stesso debitore. Basta in proposito ricordare che l'ipoteca può essere costituita sopra beni di un terzo non obbligato personalmente alla soddisfazione del credito (art. 1964); che dall'ipoteca nasce un diritto reale, che segue i beni presso qualunque possessore, e che d'indole ugualmente reale è il diritto che viene dalla surrogazione, poichè d'ipoteche, di beni ipotecati e di creditori ipotecarî, e non già della persona e dei beni del debitore dispone la legge nell'articolo in esame. Laonde è affatto indifferente la circostanza del non essere i beni, sui quali vuolsi esercitare il subingresso, posseduti dal debitore comune quando fu costituita l'ipoteca del creditore vinto da chi era anche sopra codesti beni garantito „.

Ma io dirò di più. Come si fa ad invocare il principio, che i beni del debitore sono la garanzia comune dei suoi creditori, in un tema dove non si parla d'altro che di *ipoteche?* Non è forse l'ipoteca una causa di prelazione fra creditori, e come tale non ferisce ella *già di per sè* la massima del *comune trattamento* fra loro? Intenderei dunque che s'invocasse questa massima, se il codice lasciasse che il creditore ipotecario

(50) *Op. e vol. cit.*, n. 242, p. 405.

evitto fosse posto alla pari dei semplici chirografarî e fosse questione di giustificare questo sistema legislativo; ma non intendo come si possa sopra di essa costruire giuridicamente la surroga, ch'è per converso un espediente escogitato dal legislatore per *conservare* al creditore evitto quella *causa di prelazione,* ch'egli avrebbe, a rigor di diritto, perduta.

10. Nell'art. 2087 del codice pesca il Luzzati un'altra arma, da appuntare contro la nostra dottrina. Quell'articolo è del seguente tenore: " Il creditore avente ipoteca sopra vari immobili, dopo che gli venne fatta la notificazione accennata nell'art. 2043, se si tratta di giudizio di purgazione, e dopo la notificazione del bando venale in caso di spropriazione forzata, non può sotto pena dei danni rinunciare alla sua ipoteca sopra uno di quegli immobili, nè astenersi volontariamente dal proporre la sua istanza nel giudizio di graduazione, all'intento di favorire un creditore a detrimento di altro creditore anteriormente iscritto „. Osserva il prelodato Autore che questa disposizione, la quale si ispira alle stesse ragioni della surroga ipotecaria " è nella Relazione Pisanelli motivata da considerazioni che mostrano una volta di più come il legislatore non ad altro mirasse che alla graduazione *dei creditori sui beni del debitore comune* „. E riferito il passo della Relazione concernente il citato art. 2087, il Luzzati si chiede che cosa diviene questo articolo di fronte alla nostra teoria. " Avranno veste i creditori iscritti sopra un immobile, d'indagare quale sia stata la condotta di un creditore anteriore investito d'ipoteca anche sopra altri immobili di un terzo, e chiedergli, ove ne sia il caso, il risarcimento dei danni perchè egli non abbia proposto le sue ragioni in un giudizio cui essi furono estranei? Si dirà che l'art. 2087 regola solo il caso di conflitto fra più creditori di uno stesso debitore? Ma nemmeno l'art. 2087 distingue fra iscrizioni sui beni del debitore ed iscrizioni sui beni di un terzo. E se unicamente sul silenzio della legge si fonda la enorme estensione che si pretende attribuire all'articolo 2011, non si vede in verità ragione per cui, sul silenzio

della legge, non si debba fondare l'applicazione rigorosa dell'art. 2087 eziandio alla specie in esame „ (51).

In altre parole è un dilemma che ci si pone dinanzi, e noi avremo già causa vinta, quando saremo riusciti a provare che ne è assolutamente sbagliato uno dei termini. Il dilemma è il seguente. O voi ammettete che l'art. 2087, natural complemento del 2011, si applichi anche nei riguardi delle ipoteche che il *creditor prior* abbia sui beni di un terzo, sicchè egli non possa astenersi da un giudizio di purgazione o di spropriazione, relativo a questi beni, senza doverne al caso rispondere verso i posteriori creditori ipotecarî del comune debitore, ed allora accordate a costoro una facoltà esorbitante, cioè la facoltà d'indagare l'operato di lui in un giudizio cui essi furono estranei: facoltà assolutamente esclusa dal chiaro motivato dalla Relazione Pisanelli, che dimostra essere l'art. 2087 relativo ai rapporti di *una medesima ed unica massa ipotecaria;* o voi consentite appunto a considerare l'art. 2087 nei soli riguardi di *una medesima ed unica massa ipotecaria,* negando a quei creditori ipotecarî posteriori il diritto di investigare come l'anteriore si è comportato in un'altra massa ipotecaria, cui essi furono estranei (quella cioè relativa ai beni del terzo), ed allora eccovi in flagrante contraddizione, perchè, mentre protestate ad alta voce contro un'interpretazione dell'art. 2011 limitata ai beni del comune debitore, introducete poi simile limitazione nell'interpretare l'art. 2087, pur concepito in termini altrettanto generici.

È in questo secondo termine del dilemma che sta l'errore. Io rispondo al Luzzati che considero anch'io l'art. 2087 come relativo soltanto a questa ipotesi della medesima ed unica massa ipotecaria sui beni del comune debitore, ma che, se bene egli osserva, questo non si chiama per nulla un consentire riguardo all'art. 2087 quella limitazione, che si nega per l'art. 2011, ma bensì un interpretare quell'articolo tal quale sta scritto. —

(51) *Op. e vol. cit.*, n. 364, p. 393.

Basta a convincersene il porre in rilievo i due elementi, intenzionale e di fatto, necessarî a costituire l'atto eventualmente dannoso, di cui l'art. 2087 chiama responsabile il creditore anteriore verso i posteriori. Bisogna che ci sia *l'intento di favorire un creditore a detrimento d'altro creditore anteriormente iscritto* (elemento soggettivo) e che questo intento si esplichi coll'astenersi dal far valere l'ipoteca SOPRA UNO DEI VARI IMMOBILI, caduti nel giudizio di purgazione o di spropriazione ed egualmente ipotecati in favore del rinunciante, e col farla valere invece sugli altri soltanto (elemento di fatto). Ora gli è troppo evidente che di un *animus* simile, esplicato in simile guisa, non può parlarsi che in relazione di uno stesso ed unico giudizio di purgazione o spropriazione, al quale oltre al creditore anteriore rinunciante prendano parte quei creditori posteriori, fra cui egli intenderebbe con la sua *parziale astensione* d'introdurre preferenze. Se noi diciamo dunque che l'art. 2087 si applica alle sole rinuncie che il creditore anteriore faccia nei riguardi dell'unica massa ipotecaria sui beni del comune debitore, gli è perchè in questo caso soltanto possono verificarsi gli estremi dell'art. 2087, il quale pertanto non è vero presenti quella generalità di disposto che veramente riscontrasi nell'art. 2011. Non si adoperano quindi due pesi e due misure nel dichiarare questo e non quello applicabile del pari ad entrambe le ipotesi, di ipoteche cioè su beni del comune debitore e di ipoteche su beni di terzi.

11. Segue ai fin qui esaminati una serie di argomenti intesi a dimostrare che la nostra opinione condurrebbe nella pratica a risultati poco lodevoli. Qui si esorbita adunque dalla sfera delle considerazioni prettamente giuridiche, e tanto basta a fornirci buon giuoco, perchè è troppo vero l'adagio : *Adducere inconveniens non est solvere argumentum.* Non vogliamo tuttavia sottrarci nemmeno in questa parte ad una dettagliata disamina, mercè cui ridurre alla loro vera portata gli addotti inconvenienti.

12. Fu osservato che, ammettendo la surroga anche so-

pra beni di un terzo, non è più soltanto un sollievo che si procura al creditore perdente, ma gli si fa oltracciò conseguire un guadagno, concedendogli una garanzia maggiore dei beni del debitore (52).

A ciò ha risposto, benchè un po' vagamente, l'esimio Borsari. " La pia intenzione della legge — egli scrive — è sempre quella di venire al soccorso del creditore perdente, che altrimenti saria posposto allo stesso debitore. L'effetto è sempre questo, e non che il creditore perdente resti in guadagno, perchè quando egli pure fosse soddisfatto e non avesse più crediti non avrebbe più azione „ (53). Io soggiungo : supposto che il creditore anteriore, anzichè pagarsi col prezzo degli immobili del comune debitore e lasciar intatti gli immobili ipotecatigli dal terzo, avesse seguito la via diametralmente opposta, diremmo forse che il creditore posteriore, il quale troverebbe allora di che soddisfarsi sugli immobili del suo debitore, verrebbe con ciò a realizzare un guadagno ? No certamente: orbene, la surroga non mira ad altro che a produrre questo identico risultato, a porre il creditore evitto nella condizione in cui egli verrebbe a trovarsi, se il creditore anteriore avesse colpiti i beni a lui esclusivamente vincolati, lasciando immuni gli altri. Epperò nemmeno qui sarà luogo a parlar di guadagni.

12 *bis*. Nè si dica che il nostro sistema viene a " soccorrere l'imprudente che si accostò al contratto quando il patrimonio dell'altro paciscente (sul quale unicamente egli poteva e doveva fare assegnamento) era già stremato o vincolato in modo da non offrirgli più una sufficiente garantia „ (54). Simile accusa d'imprudenza non può assolutamente farsi al creditore, che ricevette ipoteca sui beni del debitore già interamente coperti, dal momento che un margine sarebbe pure rimasto anche per lui, se il creditore anteriore avesse agito sui

(52) Cfr. particolarmente Pacifici-Mazzoni, *op., vol. e n. cit.*, p. 60.
(53) *Loc. cit.*
(54) V. la recente sentenza della Cassazione di Firenze.

beni del terzo, anch'essi al credito suo vincolati. Ha pur scritto uno dei nostri avversari, il Luzzati, che " il subingresso sanzionato dall'art. 2011 è fondato sul calcolo che il creditore perdente ha necessariamente dovuto fare, all'epoca della propria iscrizione, sull'eventualità che altri fondi che non quelli sui quali egli accese iscrizione, potessero servire al pagamento „ (55). È ben naturale, dirò ancora con la sentenza 10 maggio 1883 della Cassazione di Roma già citata, che il creditore cui si offre l'ipoteca sopra uno o più fondi, nell'estimarla tenga conto dei crediti già iscritti sui medesimi, dell'ampiezza ed importanza delle garanzie ipotecarie di questi crediti e delle maggiori o minori probabilità di assicurazioni del suo credito che possono risultarne. E se vi trova crediti che abbiano garanzia esuberante, entra per necessità nei suoi calcoli anche la previsione legittima che siano soddisfatti col valore complessivo della medesima e forse col solo prezzo di quella parte che a lui non potrebbe essere ipotecata.

13. Col vostro sistema, ci si dice ancora, è rimesso all'arbitrio del debitore di aggravare l'onere del terzo, perchè, consentendo sui beni proprî ipoteche a favore di altri, egli farebbe sorgere dei diritti di surroga sopra i beni che il terzo ha ipotecati per il solo credito anteriore (56). Sarebbe dato al debitore il potere indiretto d'imporre ipoteche sui beni che non sono in suo possesso, disse la Corte di cassazione di Roma (57).

Non mi dissimulo la serietà di siffatto riflesso. Vi ha però somma esagerazione nel dire che il debitore ha nel nostro sistema un mezzo indiretto, onde *imporre nuove ipoteche* sui beni del terzo: dicasi semplicemente che egli, contraendo nuovi debiti con ipoteca sui fondi proprî, aumenta le *probabilità di escussione* dei beni ipotecati dal terzo a vantaggio del creditore anteriore, rimanendo del resto sempre lo stesso per entità

(55) *Op. e vol. cit.*, n. 355, p. 380.
(56) Cfr., fra i tanti, Pacifici-Mazzoni, *op., vol. e n. cit.*, p. 60.
(57) Cit. sent. 19 giugno 1884, a sezioni riunite.

ed estensione il vincolo sui beni stessi. Ciò posto, nulla vi ha di straordinario in questa conseguenza, sia pure pregiudizievole, che il terzo risente di riflesso a motivo dei nuovi debiti, contratti dalla persona, per la quale ha prestato in garanzia i beni proprî. Chi ci troverebbe a ridire se questi nuovi debiti fossero contratti in confronto dello stesso creditor anteriore, a cui profitto il terzo ipotecò i beni suoi? Nessuno certamente: eppure anche in tale caso aumenterebbero a di lui carico le probabilità di un'azione ipotecaria sopra quei beni rivolta. Inoltre, dato pure che questi debiti nuovi fossero contratti dal debitore con persone diverse, vuolsi tenere presente che queste, collocandosi nella condizione dell'art. 1253 n. 1, esporrebbero egualmente il terzo a quell'inconveniente, che tanto si lamenta come tutto proprio del subingresso ipotecario qual è da noi concepito.

14. Un altro appunto assai grave è stato mosso dal Luzzati, l'Autore che ha fatto, si può dire, i maggiori sforzi di acutezza, onde scovar fuori argomenti contro il nostro sistema. Riferisco testualmente le sue parole: " La teoria che combattiamo snatura il fondamento del diritto di subingresso, e riapre il campo alle collusioni fraudolente a vantaggio di certi creditori e a danno di certi altri. Quale sarà il fatto da cui l'esercizio del diritto di subingresso potrà essere determinato? *Unicamente l'anteriorità nell'essere dichiarati perdenti*, poichè, per necessaria conseguenza di quella teoria, il subingresso si effettua senza riguardo alla data della iscrizione del creditore perdente, nella ipoteca del creditore soddisfatto, *col solo cambiamento del nome del creditore*. Il campo alle frodi è vastissimo. Supposti due immobili egualmente oberati, il subingresso si effettuerà a favore di coloro che saranno per i primi dichiarati perdenti perchè la graduazione si sia prima effettuata sull'immobile che era a loro favore ipotecato. Gli accordi saranno facili. Il creditore avente ipoteca su più immobili sarà soddisfatto integralmente sul prezzo di uno di essi, e terrà

compiacentemente il posto pei suoi amici sugli altri stabili „ (58).

Quest'argomentazione, se bene l'ho intesa, potrebbe esemplificarsi nel modo seguente: Tizio ha una prima ipoteca sul fondo *a* del suo debitore e sullo stesso fondo ha una seconda ipoteca Sempronio. Ma per lo stesso credito Tizio ha ipoteca sul fondo *b*, proprio non del suo debitore, ma di un terzo e sullo stesso fondo *b* ha una seconda ipoteca Caio. Il credito di Tizio è di un importo tale, da assorbire perfettamente il valore o dell'uno o dell'altro dei due fondi. Orbene, data la nostra teoria, sarà interamente rimesso all'arbitrio di Tizio l'avvantaggiare Caio o Sempronio. Avvantaggierà Caio se agisca sul fondo *b*, perchè allora, rimanendo Caio perdente su quel fondo, succederà a Tizio nell'ipoteca sul fondo *a*, *e gli succederà col grado che avea Tizio*, cioè sovrastando a Sempronio: avvantaggierà invece Sempronio, per identità di ragione, se agisca sul fondo *a*. Di qui possibilità di collusioni con Caio a danno di Sempronio o con Sempronio a danno di Caio.

L'errore di questa argomentazione sta nel credere che, data la nostra teoria, il creditore evitto succederebbe nell'ipoteca sui beni del terzo col grado stesso dell'evincente. No, non è questo che noi sosteniamo: anche nell'ipotesi che il perdente eserciti la surroga su beni di un terzo, rimarrà sempre fermo ciò che dichiara l'art. 2011, che cioè essa ha luogo all'effetto che egli sia preferito *ai creditori posteriori alla* PROPRIA ISCRIZIONE: l'evitto adunque si trasporta anche in questo caso sui beni del terzo non con la data ipotecaria dell'evincente, ma con la data che era propria della sua ipoteca, data che s'indicherà nell'annotazione marginale *o in calce*, di cui al combinato disposto degli art. 2011, 1994. E ciò essendo, vien meno in via assoluta l'inconveniente che il Luzzati lamenta.

Riprendiamo, a meglio persuadercene, l'esempio sopra allega-

(58) *Op. e vol. cit.*, n. 365, p. 394.

to. Tizio ha ipoteca in data 1 gennaio 1885 sul fondo *a* del debitore e sullo stesso fondo Sempronio ha ipoteca in data 1 febbraio di quell'anno. Per lo stesso credito Tizio ha ipoteca, pure in data 1 gennaio, sul fondo *b* proprio di un terzo e sullo stesso fondo *b* ha ipoteca Caio in data 1 marzo anno stesso. Se Tizio si soddisfa sul valore del fondo *b*, sicchè resti perdente Caio, questi si trasporterà bensì con l'ipoteca sul fondo *a*, ma con la data 1 marzo e quindi vi rimarrà postergato a Sempronio, che vi ha sopra ipoteca in data 1 febbraio. E analogamente, se Tizio si paga sul fondo *a*, Sempronio trasporterà sul fondo *b* la propria ipoteca, ed essendo questa in data 1 febbraio, primeggierà egualmente sopra Caio, che per ipotesi ha sul fondo *b* ipoteca in data 1 marzo.

Laonde nulla sarà rimesso all'arbitrio dell'evincente. Le collusioni che sogna il Luzzati non saranno possibili, perchè ciò che decide di tutto è la data rispettiva delle singole ipoteche, non altrimenti che se esse gravassero beni appartenenti ad un'unica massa ipotecaria.

15. La serie delle accuse non è ancora esaurita. Resta infatti che diciamo di un inconveniente, rilevato dall'esimio avvocato Feri, come conseguenza della nostra teoria. Esso riguarda, a vero dire, un caso speciale, sicchè potremmo a rigore sorpassarvi. Amiamo tuttavia occuparcene, acciò il presente scritto, se non avrà alcun valore per le idee che sostiene, serva almeno come fedele riassunto di tutto quanto da altri fu detto sull'importante controversia.

Il Feri nota che il nostro sistema conduce all'assurdo. " Basta a convincersene il solo esempio di un creditore *Primus*, che, oltre all'ipoteca sopra i beni di Tizio suo debitore diretto, abbia ipoteca sopra beni di un fideiussore solidale che rinunziò al *beneficium ordinis*. Se *Primus* agisce contro il fideiussore ed è pagato, compete al fideiussore la surrogazione (art. 1253 n. 3 cod. civile), e perciò colle ragioni ipotecarie di *Primus*, escutendo i beni di Tizio, vince *Secundus* altro creditore ipotecario posteriore di Tizio, che rimane insoluto e senza ri-

medio. Se invece *Primus* agisce direttamente contro Tizio debitore e vince in graduatoria *Secundus*, è mai concepibile che questi colla surrogazione legale dell'art. 2011 del cod. civile nelle ragioni ipotecarie di *Primus* vada a molestare il fideiussore (che verso di lui non è obbligato) e si procuri con tal mezzo il pagamento sopra i beni di lui, rendendo impossibile o paralizzando quel diritto di rivalsa che gli competerebbe con preferenza sopra i beni stessi di Tizio? Non vale per modo di analogia o per identità di ragione la regola: *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio?* E dovrà dipendere dall'accidentalità dell'ordine materiale dell'esercizio dell'azione ipotecaria del creditore primo il rendere utile o l'escludere gli effetti del subingresso legale a favore del secondo? Di qui la conferma della verità della massima che la surrogazione ipotecaria di un creditore all'altro non si dà dalla legge se non per esercitarla sopra beni del debitore comune. „ E proseguendo il valente avversario dichiara che lo stesso dovrebbe ripetersi nel caso che l'ipoteca anteriore si estendesse a beni di un *correo debendi* anzichè di un fideiussore (59).

A me pare che tutto questo edificio costruito dal Feri poggi sopra un equivoco, sulla confusione cioè in una sola delle due vesti separate e distinte, che avrebbe nell'addotto esempio quel fideiussore o quel *correo debendi*. Egli cioè sarebbe personalmente obbligato per questa sua qualità, e ipotecariamente poi come un terzo qualunque, che ha accordato ipoteca sopra i suoi beni. Ciò stante, non si può trarre in giuoco il diritto di surroga legale, che giusta il n.-3 dell'art. 1253 spetta a lui *come fideiussore o correo che ha pagato*, dove si tratta di vedere se a *Secundus*, creditore evitto, spetti subingresso nell'ipoteca, che egli prestò *come terzo*. Così, per esempio, quando il Feri mi dice che il fideiussore dovrebbe poter opporre a *Secundus*, che pretendesse tale surroga, qualche cosa di simile alla regola: *Quem de evictione ecc.*, allegando competere a lui

(59) Feri, *loc. cit.*

a sua volta la surroga come fideiussore, donde la convenienza di evitare un inutile circuito di azioni, quand'egli mi dice questo, dimentica che sarebbe venuto meno ormai il fondamento a siffatta obbiezione da parte del fideiussore. Stando infatti in ipotesi che il creditore è stato *pagato su beni del debitor principale* (donde anzi deriva l'evizione di *Secundus*) la veste di fideiussore (o di correo), la sua obbligazione personale, e conseguentemente la surrogabilità per pagamento di cui al n. 3 dell'art. 1253, sono interamente cessate.

16. Fattomi carico di esaminare tutte le obbiezioni mosse contro la nostra teoria, posso concludere che esse sono ben lungi dal presentare quella consistenza e gravità, che, come già dissi, sarebbero necessarie a far passare la pretesa interpretazione restrittiva del generico art. 2011. Con ciò il mio assunto potrebbe già dirsi compiuto. Interessa però di aggiungere a questa parte negativa del lavoro, cioè alla eliminazione degli argomenti avversarî, la parte positiva, cioè l'esposizione degli argomenti che direttamente convalidano il nostro sistema. Lo farò brevemente, aiutato in questa parte dalla giurisprudenza.

17. Stanno sopra tutto in favor nostro la natura e il fondamento giuridico della surroga ipotecaria. La natura, perchè " essendo essa reale, precipuo suo effetto è quello di esercitarsi direttamente sopra gli immobili, senza avere alcun riguardo alla persona che li possiede „ (60). Il fondamento giuridico, perchè abbiamo già dimostrato (*supra* n. 3) ch'essa non è se non una estensione della surroga legale per pagamento dell'art. 1253. Ragione per cui, se non ci stupisce di avere fra gli avversarî il Luzzati, contrario a siffatta costruzione giuridica del subingresso, ci meraviglia invece altamente di trovare in quel novero Autori, che vedemmo accettare simile costruzione senza riserva di sorta. Checchè ne dica il Delvitto, la causa della evizione sofferta dal creditor posteriore è anche nell'ipotesi di cui ci occupiamo la indivisibilità ipotecaria. È perchè il credi-

(60) Cit. sent. 18 febbraio 1881 dell'Appello di Lucca.

tore avente ipoteca su più immobili, parte del debitore parte di un terzo, non fu *per legge* costretto a distribuire fra essi la sua azione ipotecaria, ma potè concentrarla sugli immobili del debitore soltanto (e ciò precisamente significa l'indivisibilità ipotecaria), è per questo, diceva che il creditor posteriore viene a soffrire una perdita, e lo si deve quindi *per equità* risarcire mediante quel rimedio del subingresso, che è per l'appunto diretto a temperare i risultati della indivisibilità rigorosamente applicata. Lo reclama quella solidarietà reale, obiettiva, che vedemmo sussistere fra più ipoteche costituite a favore di uno stesso credito, solidarietà indipendente dalle persone alle quali per avventura appartengano i beni *obnoxii*. Egregiamente ha detto la citata sentenza 13 dicembre 1883 della Cassazione di Torino che, una volta adottata dal legislatore la surroga, " ben doveva egli, per essere conseguente ai suoi principî di saggia provvidenza, sovvenire altresì in modo possibilmente congruo, e per quanto comportar lo poteva la diversità della specie, al creditore ipotecario, che, per non aver somme disponibili pur a valersi della surrogazione concessa dall'art. 1253, era ridotto alla dura condizione di dover assistere passivo all'assorbimento e sottrazione di una parte od anche di tutta la sostanza, al di là della quale non vi aveva più per lui alcun mezzo di soddisfacimento, e ciò a cagione dell'esercizio, d'altra parte legittimo, delle ragioni del creditore ipotecario anteriore, sebbene avesse costui potuto efficacemente su altri immobili, a cui si estendeva la di lui ipoteca, del pari esplicarle ".

In altri termini l'art. 2011 deve operare *mutatis mutandis* come il 1253; e precisamente il diverso effetto nei due casi, inerente, come disse la testè citata sentenza, alla diversità della specie, consiste in questo: che nella surroga legale per pagamento si ha sostituzione di persone e il surrogante acquista i diritti del surrogato tali quali a lui competevano: nella surroga ipotecaria invece la sostituzione è piuttosto obbiettiva: il subingrediente cioè trasporta *i suoi diritti* sopra gli enti già

vincolati al subingredito, e quindi non vi acquista sopra il *grado* già a costui spettante, ma vi conserva il proprio.

18. Sin del principio del presente scritto si è fatto parola di collusioni, a sventare le quali mira il subingresso ipotecario. Orbene, queste collusioni sono possibili anche nel caso nostro, cioè potrebbero essere il movente dell'azione ipotecaria diretta dal creditore anteriore sui beni del comune debitore anzichè sui beni del terzo, o almeno sugli uni e sugli altri egualmente. In tal caso infatti la collusione a danno dei creditori posteriori del comun debitore egli potrebbe stringerla coi creditori ipotecarî del terzo, pure a lui posteriori. Identico il danno e il pericolo, identico esser deve il rimedio.

Possiamo dunque concludere che la nostra interpretazione dell'art. 2011, quanto ai beni a cui si riferisce il subingresso, resiste agli attacchi avversarî, ed è quella che, oltre a rispettare la lettera, meglio risponde al fondamento giuridico ed alle ragioni ispiratrici della legge.

ESTRATTO DALLA *TEMI VENETA* VOL. XI N. 19, 20

AMM. PROV. DI TORINO
№ 15659
BIBLIOTECA
115746